



Roj: **STS 2574/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2574**

Id Cendoj: **28079110012016100356**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2016**

Nº de Recurso: **3019/2015**

Nº de Resolución: **377/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP S 271/2015,**
STS 2574/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 3 de junio de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación de medidas n.º 414/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Castro Urdiales, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Leovigildo , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Lina María Esteban Sánchez; siendo parte recurrida doña Rosa , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Raquel Nieto Bolaño.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- La procuradora doña Carmen Aldaz Antia, en nombre y representación de doña Rosa , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra don Leovigildo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«que condene a Don. Leovigildo a pagar, en concepto de pensión compensatoria, a Dña. Rosa la cantidad de QUINIENTOS EUROS (500 Euros) mensuales a ingresar en la cartilla o cuenta que esta señale dentro de los 5 días primeros de cada mes, y actualizables cada año en el IPC resultante del tiempo transcurrido desde la última actualización o señalamiento, de manera indefinida o sin señalamiento de plazo o tiempo de percepción o indicando que perdurará hasta que se den las circunstancias legales para que desaparezca o varíe la pensión señalada y ello con expresa condena en costas si se opusiese el demandado».

2.- El procurador don Fernando Cuevas Iñigo, en nombre y representación de don Leovigildo , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«a) Estimando la excepción alegada de defecto legal insubsanable en el modo de formular la demanda acuerde la terminación del proceso y su archivo;

b) Subsidiariamente estime de la excepción alegada de inadecuación de procedimiento, también insubsanable, por carencia de acción, acuerde la terminación del proceso y su archivo.

c) Subsidiariamente estime de la excepción de cosa juzgada, también insubsanable, acuerde la terminación del proceso y su archivo;



d) Subsidiariamente y si se desestimaran las excepciones anteriores, seguido que sea el procedimiento por todos sus trámites, dicte en su día Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda formulada de contrario,

e) y todo ello con expresa declaración de temeridad, condene a (a actora al pago de todas las costas del procedimiento».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Castro Urdiales, dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que desestimando la demanda formulada por la procuradora doña Carmen Aldal Antía en nombre y representación de Rosa contra Leovigildo , debo mantener y mantengo las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio nº 135/2013 dictada por este Juzgado en los autos de divorcio contencioso 155/2013 de fecha 15 de diciembre de 2013.

No se hace expresa condena en costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Rosa . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

«1) Estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia de instancia;

»2) En su lugar, estimar parcialmente la demanda interpuesta, estableciendo el pago de una pensión compensatoria por parte del demandado a la demandante durante un periodo de cuatro años por una cuantía de 350 euros, actualizable anualmente conforme al IPC y que será abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que ella a tal efecto designe; sin imponer las costas de la primera instancia a ninguno de los litigantes

»3) No imponer tampoco las costas de la alzada a ninguno de los litigantes».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Leovigildo con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción del artículo 400 de la LEC para el supuesto de estimación de la demanda, la preclusión de la acción, que además estaba recogida en la sentencia de instancia.Segundo.- Infracción del art. 400 LEC ya que concluido el procedimiento de divorcio ha precluido el momento de efectuar la solicitud de pensión compensatoria, pues solo cabía solicitarla por medio de reconvencción en la contestación a la sentencia de divorcio en los términos del art. 770.4. de la LEC .

El recurso de casación basado en los siguientes motivos: Primero: Infracción del artículo 97 CC por cuanto la sentencia recurrida establece una pensión compensatoria a favor de la demanda apelante que no se había fijado en la sentencia de divorcio. Segundo: Infracción del art. 775 LEC , ya que la sentencia recurrida admite que a través de un procedimiento de modificación de medidas pueda establecerse una pensión compensatoria a favor de la demandante que no se había fijado en la sentencia de divorcio. Tercero: Se alega infracción del artículo 400.1 y 2 LEC , ya que una vez tramitado el procedimiento de divorcio que concluyo por sentencia de 15 de noviembre de 2013, ha precluido el momento de efectuar la solicitud de pensión compensatoria.Cuarto: Infracción del art. 469. 1. 2º de la LEC , por infracción del contenido del art. 465.5. de la LEC . La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones plantadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 27 de enero de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Raquel Nieto Bolaño, en nombre y representación de doña Rosa presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de mayo 2016, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Leovigildo formula un doble recurso contra la sentencia que establece en favor de quien fue su esposa una pensión compensatoria durante cuatro años por una cuantía de 350 euros, actualizable anualmente conforme al IPC. Son estos: el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación. Lo que se discute realmente es si es o no posible establecer un derecho de esta naturaleza tras el proceso de



divorcio en el que se le negó a la esposa porque la había solicitado en el trámite de contestación a la demanda y no mediante reconvencción expresa.

La sentencia del Juzgado desestimó la demanda porque no es posible plantear esta petición de manera autónoma y porque el hecho de que quedara imprejuzgada en el juicio anterior no implica que se pueda celebrar un nuevo juicio sobre ella ya que ha precluido, puesto que el artículo 770.2 LEC es claro al exigir al cónyuge demandado que formule reconvencción cuando pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no puede pronunciarse de oficio. Añade que en virtud del principio de preclusión no se puede hacer valer en un procedimiento de modificación de medidas el desequilibrio económico que no alegó, dejando de pedir pensión compensatoria, lo que conlleva el decaimiento definitivo de su derecho.

El criterio de la Audiencia fue otro. Dice lo siguiente:

«En materia de renuncia de derechos son reiteradísimas los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que con pretensión de generalidad se viene a establecer que. "La renuncia de derechos constituye un acto de disposición abdicativa respecto de un derecho subjetivo ya nacido que, como consecuencia de ello, sale del patrimonio del renunciante exigiéndose que sea clara, contundente y expresa (STS de 4 de marzo de 2015 - ROJ: STS 687/2015) o que "La renuncia de derechos es un negocio jurídico de carácter unilateral que se asienta en la declaración de voluntad -expresa o tácita- del titular del derecho por la cual abdica del mismo y consiente que salga de su patrimonio, exigiéndose para su validez que sea clara, terminante y concluyente y que el derecho renunciado haya ingresado en el patrimonio del renunciante" (STS de 15 de octubre de 2010 - ECLI:ES:TS:2010:5519).

»Aplicando esas pautas al caso controvertido resulta que la falta de reconvencción expresa en el procedimiento de divorcio precedente que dejó imprejuzgado el derecho de la apelante al establecimiento de la pensión compensatoria que ahora reclama, no puede interpretarse como una renuncia a su derecho. La inobservancia de la regla establecida en el art. 770-2ª LEC tampoco puede equipararse a una renuncia tácita o implícita, máxime si se tiene en cuenta que ya entonces se pretendió -aunque sin sujetarse a la exigencia procesal de reconvenir expresamente- el establecimiento de la pensión mencionada.

»No existiendo en el caso renuncia o abdicación del derecho a la pensión compensatoria, nada impide, como se anunció más arriba, pronunciarse acerca del derecho de la actora apelante al establecimiento de una pensión compensatoria».

SEGUNDO.- Esta sala va a resolver sobre lo que constituye el fundamento del recurso de casación, sin entrar a conocer del otro recurso, absolutamente innecesario a este fin. Lo que se pretende, con cita del artículo 97 del Código Civil , y de una reiterada jurisprudencia de esta sala, es que se declare que no es posible una reclamación del derecho a la pensión compensatoria independiente de la acción principal, que es el divorcio, y que tal derecho ha precluido, pues es en este momento y no en otro posterior en el que se debe hacer valer el desequilibrio económico.

El motivo se estima,

La pensión compensatoria es una medida definitiva del juicio de separación o de divorcio matrimonial, que se regula en el artículo 97 del Código Civil . No es una medida provisional ni mucho menos una medida independiente o autónoma de esta suerte de juicios. Es, además, una norma de naturaleza dispositiva, sometida a la autonomía privada, de tal forma que para que el juez pueda concederla a uno de los cónyuges necesita que la solicite en cualquiera de sus escritos iniciales, es decir, en la demanda o en la reconvencción (con alguna excepción como la que recoge la sentencia del Pleno de la Sala de 10 de septiembre de 2012, recurso 1519/2010 , donde se ha sentado la doctrina de que no puede ser considerada incongruente la resolución sobre la cuestión de la pensión compensatoria, siempre que la pretensión se haya introducido en el proceso, a través de la contestación a la demanda). Así lo dice expresamente la sentencia de 2 de diciembre de 1987 cuando señala que "no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva".

La pensión compensatoria, reiteran las sentencias de 20 de abril y 10 de diciembre 2012 ; 3 de junio 2013 ; 25 de marzo 2014 y 11 de diciembre de 2015 , "es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración". Es, por tanto, una medida que surge tras la separación o el divorcio, previa petición del cónyuge que considera alterada su situación económica en ese momento, y se determina en sentencia, según los artículos 97 ("se fijará en la sentencia...") y 100 ("fijada la pensión y las bases de actualización en la



sentencia..."), sin perjuicio de que pueda luego sustituirse (artículo 99) o modificarse por alteración sustancial de en la fortuna de uno u otro cónyuge (artículo 100).

De ello resulta que no hay dos momentos de ruptura conyugal, sino uno solo: el de la separación o el del divorcio, en el cual se determina de manera definitiva si concurre o no ese desequilibrio económico que sustenta el derecho, valorado en relación a la situación que se disfrutaba cuando acontece la ruptura de la convivencia conyugal, de la que trae causa, conforme al artículo 97 CC, quedando asimismo juzgada si el derecho no se hace valer o no se insta correctamente por la parte interesada, impidiendo que pueda reconocerse en la sentencia.

La sentencia de 18 de marzo de 2014, reiterada en otras posteriores, declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial".

Siendo ello así, la tesis mantenida en la sentencia recurrida resulta insostenible. No es un problema de renuncia, sino de un presupuesto sustantivo, no procesal, en cuanto al momento en que debe ejercitarse el derecho para valorar el desequilibrio económico, incorporándolo en su caso a la sentencia como medida definitiva, lo que deja sin aplicación el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO. - La estimación del recurso de casación supone asumir la instancia y resolver en el sentido de revocar la sentencia de la Audiencia Provincial, manteniendo la sentencia del Juzgado en cuanto desestima la demanda formulada por doña Rosa contra don Leovigildo. En materia de costas procesales, no se hace especial pronunciamiento de las causadas en ninguna de las instancias. Tampoco de las originadas por los recursos formulados, a tenor de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º - Sin entrar a resolver sobre el recurso de extraordinario por infracción procesal, y estimando el de casación formulados por don Leovigildo contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria en fecha de 22 de julio de 2015, en el rollo de apelación 221/2015, casamos y anulamos dicha sentencia. **2.º**- En su lugar se repone íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Castro Urdiales, de 4 de febrero de 2015. **3.º** - No se imponen las costas causadas por los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación a ninguna de las partes litigantes. **4.º**- No se hace especial imposición de las costas causadas en ambas instancias. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.